

La garantía de la prueba de la causa petendi en la constitución peruana. Una aportación para su comprensión desde la jurisprudencia procesal civil española



ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco.

SUMARIO:

- I. El punto de partida constitucional.
- II. Ahora sí me centro en la garantía de la prueba de la causa petendi.
- III. La garantía de la prueba de la causa petendi.
- IV. El ámbito “debido” y “sustantivo” de la garantía de la prueba de la causa petendi: el garantismo constitucional de la prueba de la causa petendi.
- V. La garantía a individualizar las propuestas más atendibles y fiables del objeto probático justificando racionalmente la elección realizada.
- VI. La garantía a individualizar las propuestas más atendibles y fiables del objeto probático justificando razonablemente la elección realizada a través del pronunciamiento sobre la causa petendi mediante la valoración de la prueba.
- VII. La constitucionalización del derecho a la prueba como garantía de ejercicio efectivo de la función jurisdiccional. La lectura constitucional del “derecho a la prueba”.
- VIII. La garantía de la iniciativa en la actividad probatoria. El interés público en el derecho a la tutela judicial efectiva en el que se incardina la garantía de acceso a las pruebas por las partes es un bien jurídico que se protege mediante el debido proceso si se pretende conformar un estado social y democrático de derecho.
- IX. La garantía constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes.



I. EL PUNTO DE PARTIDA CONSTITUCIONAL

El esencial artículo 139 de la Constitución peruana es un motivo que invita a racionalizar la austera prestancia que nos deja su lectura tras su definitivo refugio en favor a que sean considerados "*principios y derechos de la función jurisdiccional*": 3. *La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*".

Las vicisitudes de la denominada, por la Constitución peruana, "*observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*" como "*principios y derechos de la función jurisdiccional*" (art. 139.3. de la Constitución peruana) exhiben un amplio repertorio de problemas, cuyo tratamiento, posiblemente, daría lugar a un incalculable volumen de páginas. Por ello, aquí me referiré sólo a uno de ellos y, además, muy circunscrito. Y que está relacionado con una bien delimitada actuación de los aludidos "*principios y derechos de la función jurisdiccional*". Me estoy refiriendo al *ámbito de garantía procesal* que conlleva una nueva metodología de estudio de Derecho procesal sustentada en el *garantismo procesal* y de la que pretendo ser, al menos (no es la primera vez que lo digo), uno de sus máximos valedores.

Lo curioso del asunto es que la Constitución peruana parece *eludir*, al menos semánticamente, el *ámbito de garantía procesal* que creo que proyecta la "*observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*" como "*principios y derechos de la función jurisdiccional*" (art. 139.3. de la Constitución peruana) cuando sucede que, la mentada "*observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*", pretendo, en este momento, *justificarla* en su proyección de *garantía procesal* con el fin de postular su *autonomía* -la "*del debido proceso y la tutela jurisdiccional*", se entiende- para actuar *al margen* de una aplicación *acrítica, mecanicista y atemporal de la norma procesal* -o sea "*del debido proceso y la tutela jurisdiccional*" (art. art. 139.3. de la Constitución peruana)-.

El contenido que me provoca la complacencia de propugnar un *garantismo procesal* henchido por su *propia autonomía* "*deudora*" ("*debida*": vid. art. 139. 3. de la Constitución peruana) sólo y *exclusivamente* con el sistema de *garantías*

que integra la "*observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*" como "*principios y derechos de la función jurisdiccional*" (art. 139.3. de la Constitución peruana) me lleva a una, tal vez, inesperada conclusión: *lo importante no es que se aplique tal o cual norma procesal para solucionar la controversia sino que esa aplicación se realice -autónomamente, se entiende- en razón de la "deuda"* ("*observancia del -¡atención!- debido proceso y la tutela jurisdiccional*" : vid. art. 139. 3. de la Constitución peruana) contraída con la *aplicación de todas las garantías procesales* por ser una "*deuda*" que justifica que el "*proceso*" es "*debido*" -porque ha contraído una "*deuda*", se entiende- con la *aplicación* de las aludidas *garantías procesales* (vid. art. 139. 3. de la Constitución peruana).

Y mí, tal vez, desmedida confianza en jugármelo todo a la carta del *garantismo procesal* lo es para no desaprovechar la ocasión de subrayar que la "*tutela jurisdiccional*" a que alude el 139.3. de la Constitución peruana *no ha de exhibirse*, desde una vertiente *exclusivamente instrumental* que suponga atender o priorizar, de un modo un tanto áspero, su finalidad práctica; esto es, la *actuación* del ordenamiento jurídico, pasando a un lugar *secundario* su más importante y primario contenido *sustantivo* como ordenamiento jurídico, consistente en hacer posibles los "*principios y derechos de la función jurisdiccional*" (art. 139 de la Constitución peruana) a través de un *sistema de garantías procesales que haga posible, en todo momento e hipótesis de patología*, la "*observancia del -¡atención!- debido proceso y la tutela jurisdiccional*" (art. 139. 3. de la Constitución peruana) a través de la "*deuda*" contraída con la *aplicación de las garantías procesales*. O sea, y para que se me entienda mejor, con el "*debido proceso*" o "*proceso justo*".

Y, entonces, desde un enfoque *estratégico*, se detecta ya una conclusión en nada desdeñable: que, el *ámbito funcional* del ejercicio de la jurisdicción -los "*principios y derechos de la función jurisdiccional*" (art. 139 de la Constitución peruana)- consistente en *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, es, ante todo, *procesal*. No es, en cambio, *procesal* el *ámbito* de la "*potestad [jurisdiccional] de administrar justicia*" (art. 138 de la

Constitución peruana) *relativa al Poder Judicial o Jurisdicción*. De ahí que, la “*potestad de administrar justicia*” -o sea la “*potestad jurisdiccional*”-, implique una acepción constitucional de la Jurisdicción o Potestad, mientras que su desarrollo, a través de la “*función jurisdiccional*” consistente en *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* (art. 139 de la Constitución peruana), sea ya *procesal*.

Por ello, no en vano debo decir que la “*potestad de administrar justicia*” -o sea la “*potestad jurisdiccional*” (art. 138 de la Constitución peruana) *no es lo mismo o sinónimo* que “*función jurisdiccional*” (art. 139 de la Constitución peruana), y, en base a ese planteamiento, no es técnicamente correcto reconducir el denominado *Derecho Jurisdiccional* o *Derecho de la Jurisdicción* hacia el Derecho procesal como hace cierto sector de la doctrina española encabezado por MONTERO AROCA¹; por lo que el Derecho procesal *no es* un Derecho Jurisdiccional.

O dicho de otro modo, *no es* Derecho procesal el ámbito de la “*potestad de administrar justicia*” -o sea la “*potestad jurisdiccional*” (art. 138 de la Constitución peruana) que afecta a la “*función jurisdiccional*” -pero, que *no es función jurisdiccional*- (art. 139 de la Constitución peruana) al justificarse ese pretendido *Derecho Jurisdiccional* o *Derecho de la Jurisdicción* en el Poder Judicial o Jurisdicción que “*emana del pueblo y se ejerce por el poder judicial*” (art. 138 de la Constitución peruana). Pero, *no en la “función jurisdiccional”* (art. 139 de la Constitución peruana). O sea que con el *garantismo* antepongo el *humanismo* procesal -¡la libertad de decidir del sujeto!- frente al *estatalismo* -¡e *intervencionismo*!- *jurisdiccional* o el *autoritarismo* de lo que, algunos, denominan “Derecho Jurisdiccional”. “Desde esa óptica -dice PETIT GUERRA- el debido proceso no es propiedad de los Estados cuando sí de los ciudadanos; que no podemos confundir con la potestad del Estado de imponer la justicia de forma monopólica.”²

Por tanto, de entre esto último, lo que constituye para mí el dato a tener en cuenta es el siguiente: “*el debido proceso no es propiedad de los Estados cuando sí de los ciudadanos*”³ -énfasis mío-. La criteriología, así diseñada, ambiciona valer como *superadora* de las propuestas estatistas o jurisdiccionalistas (con sus variantes “progresistas” -algunas de ellas simples encubrimientos de teorías de filiación marxista-, “reformistas” o, en fin, “conservadoras”) y se *centra* en la *persona* al que *no le interesa* si la decisión adoptada, por quien integra la potestad jurisdiccional del Estado de administrar justicia, es correcta o deja de serlo; interesa sólo las razones que *garantizan -autónomamente*, claro está- *su sustento*. Al control de la persona le resulta indiferente saber *por qué* el detentador de la potestad jurisdiccional del Estado ha llegado a una concreta valoración fáctica. Pero, en cambio, sí ha de ser enjundioso con la aplicación de las *garantías* que son *deudoras* -“*debidas*” con un “*proceso justo*”- de *cómo se justifica* el *por qué* el detentador de la potestad jurisdiccional del Estado *ha llegado* a una concreta valoración fáctica.

Y ésta advertencia importa mucho *para usufructuar*, con provecho, *la persona y el ámbito de garantías que el artículo 139.3 de la Constitución peruana le reconoce*.

Con la claridad por delante -para saber dónde hay que ubicarse- y empezando por lo menos anodino, no me parece del género pedestre apuntar que, el *ejercicio de la función jurisdiccional* a través del Derecho procesal, implica, básicamente, la existencia de un sistema de *garantías de justificación constitucional* que se proyecta a través del llamado *proceso de la función jurisdiccional*. Surge, entonces, el denominado *garantismo procesal, de justificación constitucional*, que obliga inexorablemente a conceptualizar el Derecho procesal, *no como un Derecho Jurisdiccional* -sin los *approaches*

1. MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional*, I. Parte general. Novena Edición. Valencia 1999, p. 23.
2. PETIT GUERRA, Luis. *Estudios sobre el debido proceso. Una visión global: argumentaciones como derecho fundamental y humano*. Ediciones Paredes. Caracas-Venezuela. 2011, p. 264.
3. PETIT GUERRA, Luis. *Estudios sobre el debido proceso. Una visión global*, cit., p. 264.

descriptivos/prescriptivos de las propuestas estatistas o jurisdiccionalistas (con sus variantes “progresistas” -algunas de ellas simples encubrimientos de teorías de filiación marxista-, “reformistas” o, en fin, “conservadoras”), sino como un *DERECHO DE LA GARANTÍA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL*.

Entonces, el *garantismo procesal*, de justificación constitucional, supone la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura *garantista* plenamente comprometida con la realidad constitucional peruana de *aquí y ahora*⁴.

II. AHORA SÍ ME CENTRO EN LA GARANTÍA DE LA PRUEBA DE LA CAUSA PETENDI

De material tan sobreabundante, puede que afloren disputas interpretativas. Pero, con el mismo he querido, de entrada, “marcar territorio”. Por lo tanto, manos a la obra.

Admitido lo anterior, he de convenir en que, mi afecto por la metodología del *garantismo procesal* aplicada al estudio del Derecho procesal, ya viene de antiguo.

Veamos. El término “*garantismo procesal*” lo vengo utilizando desde 1989 y, entonces -como, lo sigo haciendo, ahora-, opte por su uso “como metodología de base”⁵. Con todo lo que ya anduve y he argumentado, hasta el momento, no estaría de más aludir, ahora, a *garantismo procesal* aunque no sea, ésta, la primera vez que lo hago. Ya así actué en 1998⁶ y, luego, en 2003⁷, 2005⁸ y, más tarde, en 2007⁹, en 2008¹⁰,

4. O, como dice SUMARIA BENAVENTE “*ahora la política deberá ser instrumento del derecho, sometida a los vínculos normativos constitucionales*” -énfasis mío-. SUMARIA BENAVENTE, Omar. *Garantismo y proceso*, en Proceso y Constitución (Obra colectiva). Giovanni F. Priori Posada (editor). Ara Editores. Actas del II. Seminario Internacional de Derecho Procesal: *Proceso y Constitución* llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 10 y el 13 de mayo de 2011. Perú, 2011, p. 79.
5. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *El problema de la Administración de justicia en España*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal [subvencionada por el Departamento de Presidencia, Justicia y Desarrollo Autonomico del Gobierno Vasco]. Bilbao, 1989, p. 16.
6. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del derecho. Organización judicial y principios rectores del proceso*. Ed. Dykinson. Madrid 1998, p. 1311 y La garantía procesal del Derecho. Su tratamiento doctrinal. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (RVDPA), 3, 1998, p. 535 y ss.
7. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *El derecho procesal como sistema de garantías*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, No. 107, mayo-agosto de 2003, pp. 531-557.
8. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La garantía del derecho procesal y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en LA LEY No. 6346 de 25 de octubre de 2005, p. 2.
9. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La garantía del iudicium. Del processus iudicii al iudicium*, en RVDPA, 2, 2007; El proceso “con todas las garantías” (artículo 24.2 de la Constitución). En: Diario LA LEY año 28 No. 6803. Viernes, 19 de octubre de 2007, y *La garantía de la oralidad en la exigencia de tutela judicial efectiva civil*. En: RVDPA, 3-2007, p. 353 y ss.
10. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *El Derecho Procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional”*. En: RVDPA, 1-2008, p. 15 y ss.; *La garantía del Poder Judicial ¿Aporía constitucional del Poder Judicial?* En: Actualidad Jurídica Aranzadi. Año XVIII. No. 742 de 3 de enero de 2008; *La garantía procesal en el ámbito instructorio: a propósito del juez instructor de garantías y del fiscal instructor. Fiscal instructor ¿Sí o no? This is the question*. En: Diario LA LEY. No. 6884 de 15 de febrero de 2008. Año XXIX. Sección Doctrinal; *La garantía procesal del derecho al recurso*. En: RVDPA, 3, 2008, p. 597 y ss. y *La garantía de la prueba de la causa petendi: pertinencia y carga probatoria*. En: RVDPA, 2, 2008, p. 299 y ss. y en la revista electrónica peruana “Justicia y Derecho” Año 2 No. 3 Enero 2009 en la dirección www.justiciayderecho.org; y *Garantismo procesal y participación ciudadana en la administración de justicia mediante la institución del jurado. El modelo español*, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal (mexicana), 25, 2008, p. 87 y ss.

en 2009¹¹, en 2010¹². Y, en fin -¡por ahora!-, en 2011¹³. Son sólo -algunos- hitos del recorrido de mi atención -prendada y prendida- por esta fantástica, soberana y profunda temática relativa al *garantismo procesal en el Derecho procesal*.

Para comenzar, en el examen e incidencia del garantismo procesal en el Derecho procesal, convengo en fijarme en algo homogéneo y circunscrito: *la garantía de la prueba de la causa petendi como integrante en la "observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional"* (art. 139. 3. de la Constitución peruana) *a través de la "deuda" contraída con la aplicación de las garantías procesales*.

De ahí que, supongo para mí, no es posible dudar, en el momento presente de la exposición del *Derecho de la prueba, sobre su funcionalidad* -como uno de los "*principios y derechos de la función jurisdiccional*" (art. 139 de la Constitución peruana)- que no sobre su instrumentalidad. Y por ahí -insisto- cavilaré el inicio de mi discrepancia anunciando que *objetaré su instrumentalidad* con una serie de observaciones críticas. Y afirmaré la existencia de la *garantía del*

Derecho de la prueba como manifestación más de la "observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional" (art. 139. 3. de la Constitución peruana) . A ello voy.

A ver. El *Derecho de la prueba* surge, respecto del ya mentado cometido *funcional* -consistente en llevar a cabo la llamada *función jurisdiccional*-, regulándolo jurídicamente y, desde esa perspectiva, *se sitúa, no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías, que posibilita la rotunda aplicación de la "observancia del debido proceso", en orden a lograr, a su vez, la "observancia de la tutela jurisdiccional"* (art. 139. 3. de la Constitución peruana) *y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia en modo tal que, cuando el Derecho de la prueba hace posible el ejercicio de la función jurisdiccional* -como uno de los "*principios y derechos de la función jurisdiccional*" (art. 139 de la Constitución peruana)-, *consistente en el derecho de todos los peruanos a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa como integrante de la "observancia del debido proceso"* (art. 139. 3. de la Constitución peruana), se está primando

11. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Estudios sobre garantismo procesal. El Derecho procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado "Derecho de la garantía de la función jurisdiccional"*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal en coedición con la Universidad Antonio de Nebrija y Dijusa (libros jurídicos). San Sebastián, 2009, p. 1 y ss.; *La garantía de acceso a la demanda de tutela judicial efectiva por los particulares: las partes procesales*. En: RVDPA, 1 de 2009, p. 21 y ss.; *La garantía a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de intereses legítimos. La legitimación de la parte*. En: RVDPA, 2 de 2009, p. 315 y ss.; *Garantismo e Derecho Procesal -una aporía del método constitucional-*. En: Revista Latino-americana de Estudios Constitucionais. Año X. Vol. X, noviembre, 2009; *El derecho de libertad de expresión como garantía del legítimo ejercicio del derecho de defensa*. En: Diario LA LEY, No. 71333, Sección Tribuna de 12 de marzo de 2009. Año XXX; *Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor*. En: Diario LA LEY. No. 7158. Sección Tribuna de 21 de abril de 2009. Año XXXX. Ref. D-16 y *Garantismo y estafa procesal*. En: RVDPA, 3 de 2009 y Actualidad Jurídica Aranzadi. Año XVIII. No. 777 de 11 de junio de 2009.
12. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La garantía de la prueba de la causa petendi en el proceso civil. Algunas cuestiones jurisprudenciales*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal subvencionada por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). San Sebastián, 2010. pp. 1 y ss.
13. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *El garantismo procesal como metodología para el estudio del Derecho procesal. A propósito de la reforma del proceso civil en Chile*. En: RVDPA, 1, 2011, p. 33 y ss.; *Derecho Procesal civil de Honduras*. McGraw Hill, Editorial. México DF. 2011; *Garantismo y proceso: una lectura de la Constitución peruana a propósito del garantismo como metodología de estudio del Derecho Procesal*. En: PROCESO Y CONSTITUCIÓN (Obra colectiva). Giovanni F. Priori Posada (editor). Ara Editores. Actas del II. Seminario Internacional de Derecho Procesal Proceso y Constitución llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 10 y el 13 de mayo de 2011. Perú, 2011; *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000. Año 2001. Volumen I*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián, 2011; *¿Es constitucional el juicio verbal? ¿Es realmente la sumariidad un modelo de garantismo procesal? ¿Son posibles los juicios sumarios civiles?* Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián, 2011.

el sistema de garantías que contiene la aludida “observancia del debido proceso” (art. 139. 3. de la Constitución peruana). No su instrumentalidad acrítica, atemporal y mecanicista.

Comenzaré, pues, rememorando que el *Derecho de la prueba* (o *Derecho probatorio*¹⁴) desea hacer frente, a la *aplicación patológica* de la norma jurídica, mediante un sistema sustantivo y autónomo de garantías. De ahí que, también, el *Derecho de la prueba* sea el Derecho que trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero, no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema procesal cuanto, más exactamente, mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias consistente en el derecho de todos los peruanos a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa como integrante de la “observancia del debido proceso” (art. 139. 3. de la Constitución peruana) en base a un modelo probatorio que descansa en la premisa de que cada parte tiene que recopilar y preparar, con todas las garantías procesales, la prueba que presentará al órgano jurisdiccional que, como regla general, no interviene en el proceso de “descubrimiento” (“discovery”) de las pruebas como, por el contrario, sucede en los modelos de *Derecho probatorio* “inquisitorial” en los que, prácticamente, lo dirigen.

Así que, el *Derecho de la prueba*, no es un subsistema procesal. Provisto de esta básica afirmación

ahora toca ver qué es. El *Derecho de la prueba* es o se construye, por el contrario, en torno a un sistema de garantías que actúa -y me recreo en la redundancia- con autonomía y sustantividad propias como *Derecho de la Garantía Probatoria*¹⁵. Esta concepción del *Derecho de la prueba* o *Derecho probatorio* (que es difícil no compartir y que apporto como propia al gremio procesalista) toma partido, en la pugna taxonómica *garantismo-instrumentalidad*, al incidir en la desnudez con la que ha sido exhibida la segunda por contra de la segura *incontrovertibilidad* de la primera. Y, al socaire de la taxonomía *garantismo-instrumentalidad*, resulta que algunos -de los integrados en el gremio procesalista- discriminan la realidad *garantista* de la prueba sin que sea necesaria vista de lince para darse cuenta que, de la diádica equivalencia prospectada, el *garantismo* no se aviene con quienes desean alardear de un *Derecho de la prueba* o *Derecho probatorio* mediante un “activismo judicial” propio de la más descarnada y mugrienta *instrumentalidad* propia de un subsistema procesal.

III. LA GARANTÍA DE LA PRUEBA DE LA CAUSA PETENDI

Que la Constitución peruana felpée o atice la conciencia *garantista* de sus aplicadores y estudiosos mediante la “observancia del debido proceso” (art. 139. 3. de la Constitución peruana) y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia puede ser con-

14. En el Derecho anglosajón se utiliza el término “evidence”. Según, *The American Heritage Dictionary evidence* (Second College Edition (1982)) es “[t]he data on which a judgment or conclusion may be based” o, más específicamente, “[t]he documentary or verbal statements are the material objects admissible as testimony in a court of law”. En los países ajenos a la influencia anglosajona se ha acuñado el término *Derecho de la prueba* o *Derecho probatorio* como la completa normativa que hace posible crear el convencimiento (que no la “verdad” puesto que la “verdad”, en Derecho procesal -tengo para mí-, no existe) en el órgano jurisdiccional en orden a que pronuncie sentencia. De ahí que, la “evidence” anglosajona, sería tan sólo una parte de lo que se estudia como Derecho de la prueba o *Derecho probatorio* en el que puede converger -o, no- la misma -se entiende, la “evidence” anglosajona entendida como el convencimiento claro y manifiesto del que no se puede dudar y en el que puede basarse una resolución judicial-. En cambio, el llamado Derecho de la prueba o Derecho probatorio, al tiempo que pretende crear en el órgano jurisdiccional el convencimiento sobre una determinada realidad factual, se caracteriza por ofertar, para tal fin, una completa normativa que es, ante todo *garantía* que le permite acceder al órgano jurisdiccional sobre el convencimiento de una determinada realidad factual. El *derecho de la prueba* o *Derecho probatorio*, es, pues, una realidad legislativa más compleja que la “evidence”.

15. Animo a no hallar el desanimo, en el itinerario procesal marcado, si se acude a la web: www.sc.ehu.es/leyprocesal. El lector (o si lo desea el “gremio procesalista”) queda advertido, una vez más, de mi construcción sobre el garantismo procesal.

ceptuado como un acontecimiento *inédito* en el procesalismo peruano en el que, fedegar o bregar con el anhelo de una justicia efectiva *vinculada*, inexorablemente, con el deseo de *plenitud de garantías procesales*, va a suponer, sólo de entrada, decantarse por una opción no meramente instrumental sino *efectiva* de la *garantía de la prueba de la causa petendi* al hallarse comprendida en la *exigencia de la "observancia del debido proceso"* (art. 139. 3. de la Constitución peruana). Y dado que, la mentada curiosidad en torno a la aludida *garantía de la prueba de la causa petendi*, tiene un aliento propio, le rendiré el honor de considerarla más allá de la liviandad discurriendo por ahí, ahora, mi exposición.

Pero, retrotraigámonos al episodio probatorio. En virtud del citado episodio, el titular de un derecho lesionado, cuando demanda la *"observancia del debido proceso"* (art. 139. 3. de la Constitución peruana) mediante el ejercicio de una determinada pretensión, *ha de justificar la causa* por la que pretensiona. Su *causa de pedir* [*causa petendi*] *ha de quedar probada*. La *prueba de la causa petendi* aboca al órgano jurisdiccional, de modo inequívoco, a un pronunciamiento *explícito y efectivo* acerca de la *causa petendi* probada.

De un modo un tanto sugestivo se puede aludir a que la *res iudicata* debe comprender lo *deducido* y el *deducendo* de la *causa petendi* de conformidad con determinados medios probatorios establecidos por el ordenamiento procesal *mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias* consistente en el *derecho de todos a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa* como integrante de la *"observancia del debido proceso"* (art. 139. 3. de la Constitución peruana).

Ateniéndome al referido itinerario procesal la consecuencia es simple y meridianamente asequible: *la carga de exhaustividad del pronunciamiento, que pone término al proceso, supone quedar afectado, sólo y exclusivamente, por la garantía de la prueba de la causa petendi*. Esa *afección surge*, en la Constitución peruana, a través del reconocimiento de un *"derecho a la prueba"* de entre los indicados en la *"observancia del debido proceso"* (art. 139. 3. de la

Constitución peruana) mediante el ejercicio de una determinada pretensión. Existe, por tanto (ya lo leeremos, con más detenimiento, renglones después), *una lectura constitucional del "derecho a la prueba"*.

La *garantía de la prueba de la causa petendi* y la *lectura constitucional del "derecho a la prueba"* es invocada y entregada -aquí y ahora- para su exégesis y estudio porque lo determinante, en materia de Derecho de la prueba o Derecho probatorio, no es la desnudez instrumental, descarnada y mugrienta, con la que, tradicionalmente, se le exhibe sino la incontrovertibilidad justificada -y me recreo en la redundancia- en la proclamación y aclamación de que justicia civil efectiva *significa*, por consustancial al concepto de Justicia, *plenitud de garantías procesales* en la *"observancia del debido proceso"* (art. 139. 3. de la Constitución peruana) que actúa con *autonomía y sustantividad propias*. Sigamos.

IV. EL ÁMBITO "DEBIDO" Y "SUSTANTIVO" DE LA GARANTÍA DE LA PRUEBA DE LA CAUSA PETENDI: EL GARANTISMO CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA DE LA CAUSA PETENDI

No me andaré por las ramas. Es preciso *garantizar* que el *"derecho a la prueba"* de la *causa petendi* constituya, en cuanto a su carácter *"debido"* (*"deudor"* con las garantías procesales) y *sustantivo* (por su *compromiso* constitucional; no acrítico ni adjetivo, ni instrumental), *garantía de justicia*. Es, en mi concepción, el *"derecho a la prueba"* de la *causa petendi* en el contexto de un *proceso justo* o *"debido proceso"* en materia de prueba.

Comenzaré por lo más sabroso. Tengo la impresión de no estar sacando las cosas de quicio cuando me hallo convencido de lo siguiente: la *garantía procesal de la prueba de la causa petendi* posee una concepción *funcional "debida"* y *constitucional* ¡Sí! Hay que decirlo. La *prueba de la causa petendi* es *garantía procesal*, en tanto en cuanto *afianza y protege, según el referente "debido"* (*"deudor"* con las garantías procesales) y *constitucional* (por su *compromiso* constitucional; no acrítico ni adjetivo, ni instrumental), el tráfico de los bienes litigiosos [patológicos].

Me complace decir que esa *funcionalidad* -la de la *prueba de la causa petendi* que es *garantía procesal*- se modela con el referente "*debido*" y *constitucional* a través de una *sustantividad* que *ha preterido* los planteamientos amorfos sin referentes temporales. O sea, una propuesta *ajena* al "activismo judicial" propio de la más descarnada y -lo repito- mugrienta instrumentalidad procesal.

Y henos aquí que, la *crítica temporalidad de la sustantividad "debida" de la prueba de la causa petendi*, se justifica en la aplicación "*debida*" del compromiso constitucional de "*aquí y ahora*". Así que la *sustantividad, crítica y temporal de la prueba de la causa petendi*, se vincula -se "*debe*": es *debida*- con las *garantías procesales* que la *vigente Constitución peruana* ampara y establece. Y mírese por dónde que arribo al *garantismo constitucional de la de la prueba de la causa petendi*. Por lo que no tendré más cuajo que admitir que, la *garantía de la prueba de la causa petendi* -la de la *función jurisdiccional civil*-, es *compromiso constitucional "debido"* porque la *Constitución garantiza* que, *aquella* [la *garantía de la prueba de la causa petendi*], pueda amparar los derechos -los de la "*observancia del debido proceso*" (art. 139. 3. de la Constitución peruana)- de todos los ciudadanos a utilizar los medios de prueba *pertinentes* para su defensa".

En limpio: la *garantía procesal de la prueba de la causa petendi*, en su vertiente funcional, se justifica porque se ampara en base a la "*observancia del debido proceso*" (art. 139. 3. de la Constitución peruana). Y ese amparo no es amorfo, sino *sustantivo* por exigencias de aquel *compromiso*. Se concreta -ya lo he dicho- en el amparo de todos los ciudadanos peruanos a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa dentro de la "*observancia del debido proceso*" (art. 139. 3. de la Constitución peruana).

Entonces, y en la medida en que la *prueba de la causa petendi* es *compromiso* [constitucional] de *garantía funcional* en el tráfico de bienes litigiosos [patológicos], se proyecta -se entiende, la *prueba de la causa petendi*-, en su *sustantividad*, *autónomamente "debida"* ("*deudora*" *autónomamente* con las *garantías procesales*). Y henos aquí que no interese tanto que la *prueba de la causa petendi* aplique tal o cual norma en el ámbito

del tráfico de bienes litigiosos, sino que, *aquella* [la *prueba de la causa petendi*], sea *garantía de "deuda autónoma"* de *aquella actuación sustantiva comprometida constitucionalmente*.

Es preciso *garantizar* que la *prueba de la causa petendi* constituya, en cuanto a su carácter "*debido*" ("*deudor*" con las *garantías procesales*, se entiende) y *sustantivo* (por su *compromiso constitucional*), *garantía de justicia*. Es -me recreo en la redundancia-, en mi concepción, el *derecho al proceso justo* a través de la proyección "*debida*" y "*sustantiva*" de la *garantía de la prueba de la causa petendi*.

Y aquí es a dónde yo quería llegar. Sus *criterios funcionales* de actuación -los de la *prueba de la causa petendi*, se entiende- son *ordinarios en la medida en que se asume el compromiso constitucional de actuarlos*. La razón: porque el ámbito de protección, a través de la "*observancia del debido proceso*" (art. 139. 3. de la Constitución peruana) que, funcionalmente, se aplica de forma *autónomamente "debida"*, es *ordinario*. No es *excepcional o propio del ejercicio de una función jurisdiccional especial o excepcional*.

A la vista de estos datos, y en su vertiente de legalidad *ordinaria*, la *garantía procesal de la prueba de la causa petendi* es, funcionalmente, "*autónomamente debida*" (insisto: "*deudora autónomamente*" con las *garantías procesales*). Su "*sustantividad debida*" le impide, además, ser adjetiva, acrítica y mecanicista. O, en fin, ser *vicaria* de la norma que actúa. Así se desprende de la "*efectividad*" que la norma constitucional reclama.

Y henos de bruces con otra realidad no menos importante: la *efectividad constitucional* es, ante todo, *sustantividad garantista "autónomamente debida"*. Y, además, *sustantividad garantista común y ordinaria*. Lo que me lleva a enfatizar que, la *funcionalidad "autónoma y debida"* de *garantía procesal de la prueba de la causa petendi*, justificada en *criterios ordinarios o comunes* que asumen el *compromiso constitucional*, se proyecta, a su vez, en una *funcionalidad sustantiva* que es *garantía de jurisdiccionalidad*, y, también, en una *funcionalidad formal* que es *garantía*, a su vez, de *adjetivación procesal* de esa jurisdic-

cionalidad. Conclusión: esa funcionalidad es *expansiva*.

Pero, ¡jojo! Esa *dinamización -expansibilidad-* equivale a reconocer que las *garantías no son abstractas*. Actúan, *críticamente*, el modelo concreto de *"observancia del debido proceso"* (art. 139. 3. de la Constitución peruana) que establece la Constitución peruana.

V. LA GARANTÍA A INDIVIDUALIZAR LAS PROPUESTAS MÁS ATENDIBLES Y FIABLES DEL OBJETO PROBÁTICO JUSTIFICANDO RACIONALMENTE LA ELECCIÓN REALIZADA

Las cosas se complican un poco más, en lo que a la conceptualización *"debida"* y *"sustantiva"* del ámbito probático se refiere, si el pronunciamiento, acerca de la *causa petendi* probada, responde, *no tanto a la lógica de la demostración matemática basada en el método axiomático-deductivo, cuanto más bien a esquemas basados en la razón [o convencimiento], no necesariamente reconducibles a los esquemas deductivos, y el enjuiciamiento jurisdiccional se desenvuelve, entonces, dentro de las exigencias de la racionalidad*.

El argumento de *consecuencia* no sería otro que el *arribamiento* de los esquemas deductivos, de indudable filiación matemática, y asumir una *racionalización* probática *"debida"* y *"sustantiva"* dentro de la *"observancia del debido proceso"* (art. 139. 3. de la Constitución peruana)

Me reitero. Es preciso *garantizar* que la *prueba de la causa petendi* constituya, en cuanto a su carácter *"debido"* (*"deudor"* con las *garantías procesales*, se entiende) y *"sustantivo"* (por su *compromiso constitucional*), *garantía de justicia*.

Pero, ¡atentos! esa *racionalización* no supone admitir la intuición o la arbitrariedad, justo porque ni aquella (la intuición) ni ésta (la arbitrariedad), responden a la *razón [razonabilidad]* probatoria.

¡No nos engañemos! En el ordenamiento procesal civil peruano existen *intentos* de construir un *corpus* de esa *razonabilidad* probatoria a través de conceptos como *"valoración conjunta de la prueba"* (art. 197 del del Código procesal civil peruano) *"convicción"* (arts. 194 y 245.5. del Código procesal civil peruano) *"apreciación razonada"* (art. 197, 246 y 247 del Código procesal civil peruano), *"certidumbre"* (art. 276 y 277 del Código procesal civil peruano) ubicables en las propuestas de STEIN¹⁶ *que no pretenden alcanzar la certeza absoluta o matemática*. Pero, si la *razonabilidad* probatoria.

Y no, es precisamente, salirse por la tangente subrayar -como lo hago- la obviedad de que, en abstracto -y, no, tan en abstracto-, el órgano jurisdiccional *puede equivocarse* (fomentándose, de ese modo, -quírase o no- una atmósfera de escepticismo y, la consiguiente, actitud del *laissez-faire*); cuando lo que, de veras importa, es *sí y cómo*, en concreto, cabe detectar y neutralizar una eventual equivocación (arbitrándose los medios oportunos al efecto).

Y ésta es la cuestión que, ahora, no deseo soslayar.

Quiero decir que, admitida -¡que remedio!- la *falibilidad universal* (todo el mundo se equivoca; yo el primero y, los jueces, también) sería, sin embargo, *falaz* plantear la cuestión del acierto o error del juez en términos de *"presunción"* -¿quién *se presume* que acierta más, la parte o los jueces, o por el estilo?-. Sin esfuerzo se entrevé, creo, que si, la decisión del órgano jurisdiccional -al igual que cualquier experiencia humana- es *falible*, el ordenamiento jurídico tiene el deber de suministrar instrumentos eficaces *para identificar* el eventual error en que haya podido caer el órgano jurisdiccional, *garantizando* a las partes en el proceso la *efectividad* del derecho a la tutela judicial. Y es aquí donde crece y reverbera la función de conceptos como *"convicción"* (arts. 194 y 245.5. del Código procesal civil peruano), *"apreciación razonada"* (art. 197, 246 y 247 del Código procesal civil peruano), *"certidumbre"* (art. 276 y 277 del Código procesal civil peruano)

16. Cifr. *Das private Wissen des Richters*. Leipzig, 1893.

en la medida que (en el caso de la jurisprudencia civil española), el ponente MALLO MALLO¹⁷, ya nos advierte que *debe “ser respetada la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas”* -énfasis mío-.

Sin necesidad de lanzar balones fuera, no es necesario, posiblemente, un esfuerzo impropio para justificar, de la mano del ponente MALLO MALLO¹⁸, que *“el Juzgador que recibe la prueba puede valorar la misma de forma libre aunque nunca de manera arbitraria”* -énfasis mío-. De lo que se sigue que, con esas coordenadas discursivas, se permite afrontar los conceptos de *“valoración conjunta de la prueba”* (art. 197 del del Código procesal civil peruano) *“convicción”* (arts. 194 y 245.5. del Código procesal civil peruano) *“apreciación razonada”* (art. 197, 246 y 247 del Código procesal civil peruano), *“certidumbre”* (art. 276 y 277 del Código procesal civil peruano) desde la perspectiva de *no poder*¹⁹ *«sustituirse la valoración que hizo el Juzgador de toda la prueba practicada por la que realiza la parte recurrente, función que corresponde única y exclusivamente al Juzgador “a quo” y no a las partes»* -énfasis mío- cuando, sus valoraciones probatorias, *resultan acordes con conceptos como “valoración conjunta de la prueba”* (art. 197 del del Código procesal civil peruano) *“convicción”* (arts. 194 y 245.5. del Código procesal civil peruano) *“apreciación razonada”* (art. 197, 246 y 247 del Código procesal civil peruano) o *“certidumbre”* (art. 276 y 277 del Código procesal civil peruano).

Pero, si se observa bien, no basta con propuestas o intentos de construir un *corpus* de la *razonabilidad probatoria* -de tipo aristotélico basada en la dialéctica-. Se ha de obtener la *razonabilidad* del

objeto de la prueba que no siempre se produce en algunos de los supuestos indicados.

Así sucede con la *“certidumbre”* (art. 276 y 277 del Código procesal civil peruano), por cuanto la premisa según la cual el sentido común origina *“certidumbre”* en orden al razonamiento de lógica validez, no siempre se alcanza, cuando sucede que, en base a un sumario análisis epistemológico, se ubicarían, en esa *“certidumbre”*, elementos totalmente *extraños* a aquella *razonabilidad* como prejuicios, generalizaciones infundadas, simplificaciones o, incluso, la manipulación por parte del propio juez o magistrado.

En consecuencia, ¿cuál es la *razonabilidad probatoria* que se plantea? No es, como ha quedado indicado, la monolítica que surge del método axiomático-deductivo y filomatemático, sino más bien una *razonabilidad* que, huyendo del monilitismo, acepte que, a través de ella, el órgano jurisdiccional *ha de realizar razonamientos heterogéneos (no monolíticos) por razón, “debida” y “sustantiva”, de la estructura y contenido del objeto de la prueba. Es una garantía del pronunciamiento sobre la causa petendi.*

Pero, si el monolitismo ha de quedar preterido, también han de quedar excluidos los esquemas que se *simplifican* en razón de la *intuición subjetiva*.

Para que se me entienda. La *heterogeneidad y atipicidad* es *consustancial* con la estructura probática que, por lo demás, *ha de preterir la génesis compleja* justificada en el silogismo filomatemático. Esa génesis implica una *función demostrativa* de la prueba basada en su ámbito *cognoscitivo y razonable* en función del cual el órgano jurisdiccional procede a *individualizar* las

-
17. MALLO MALLO, Luis Adolfo. *Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 2 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 232. p. 659. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.
 18. MALLO MALLO, Luis Adolfo. *Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 2 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 232. p. 660. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.
 19. MALLO MALLO, Luis Adolfo. *Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 2 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 232. p. 661. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

propuestas más atendibles y fiables (*creíbles*) del objeto probático *justificando razonablemente la elección realizada*.

VI. LA GARANTÍA A INDIVIDUALIZAR LAS PROPUESTAS MÁS ATENDIBLES Y FIALES DEL OBJETO PROBÁTICO JUSTIFICANDO RAZONABLEMENTE LA ELECCIÓN REALIZADA A TRAVÉS DEL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CAUSA PETENDI MEDIANTE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Reivindicar, responsablemente, la posibilidad de la proyección práctica de un *corpus* de *razonabilidad* probatoria idóneo en orden a obtener un razonamiento *de lógica validez* implica sacudirse de encima el realismo ingenuo y cualquier forma de empirismo elemental; corrientes de pensamiento, por desgracia, ampliamente compartidas entre los juristas y que ponen a hueco el fundamento de argumentos escépticos y el avance de hipótesis idealistas relativistas o, al propio tiempo, las propias de un relativismo radical. Pero existen, en el momento actual, orientaciones idóneas (realismo crítico, empirismo interno, relativismo epistemológico) para -pese a su diversidad filosófica y terminológica- brindarnos la posibilidad teórica y práctica de construir *esquemas basados en la razón* o *"convencimiento judicial"* que sirvan de criterio para *discernir las afirmaciones verdaderas de las falsas* cuando se trate de los hechos sobre los que se proyecta el proceso civil.

Así que, primero de todo, se impone ponderar, en su justa dimensión, la incidencia del mentado *corpus* de *razonabilidad* probatoria no vaya a ser que *no* les atribuyamos la importancia que,

parecer ser, se merecen. En efecto, tal *corpus* de *razonabilidad* probatoria es, en el vigente Código procesal civil peruano, esencialmente *imprescindible* y su impacto sobre el razonamiento probatorio tiende a *magnificarse* a medida que se va afianzando el principio de la *libertad de prueba* y sobre todo -por lo que aquí interesa- el de *libre valoración de la prueba*. De modo que, ésta última operación, sí que no sale destañada de coloración jurídico-procesal ninguna. Sólo basta con leer, con cierto detalle, el Código procesal civil peruano. Por tanto, de ningún modo se evapora alguna posibilidad de que la *valoración judicial probatoria* malogre una *verdad controlable* según -¡jojo!- *criterios lógicos y metodológicos*.

Ahora bien, *¿a qué tipo de "convencimiento judicial" -o "verdad controlable"- arribamos mediante el mentado corpus de razonabilidad probatoria?* Por lo pronto, la ponente PÉREZ ESPINO²⁰ nos advierte que *no es común que en los códigos procesales civiles se "contengan [ienen] -jojo!- reglas de valoración probatoria hábiles"* -énfasis mío-. Vale. Y *¿por qué?* Porque el tan aludido *corpus* de *razonabilidad* probatoria, idóneo en orden al razonamiento *de lógica validez*²¹, *"sólo posee(n) carácter admonitorio y no preceptivo"* -énfasis mío- y, además -y aquí viene el dato a tener en cuenta-, *ni tan siquiera*²² *"puede(n) citarse como infringido(as) -se entiende, el tan citado corpus de razonabilidad probatoria en orden al razonamiento de lógica validez-, por no constar en norma jurídica positiva alguna"* -énfasis mío-.

O sea, que, a la *valoración probatoria*, sólo es dada aspirar un *convencimiento judicial* que encuentra sus limitaciones en la *capacidad humana* en el marco de plurales e ilimitados

20. PÉREZ ESPINO, Esperanza. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 26 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 240. p. 691. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.
21. PÉREZ ESPINO, Esperanza. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 26 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 240. p. 691. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.
22. PÉREZ ESPINO, Esperanza. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 26 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 240. p. 691. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(en principio) contextos. Y, desde ese punto de vista, *no es de recibo demarcar el convencimiento judicial y el extrajudicial como si entre ellos hubiera una diferencia cualitativa*. De ahí que vuelvo, de nuevo, al retruécano, *¿Por qué? Porque no existe una idea perenne, ni precepto que la recoja, que verse sobre conceptos como el de "convicción"* (arts. 194 y 245.5. del Código procesal civil peruano) *"apreciación razonada"* (art. 197, 246 y 247 del Código procesal civil peruano), *"certidumbre"* (art. 276 y 277 del Código procesal civil peruano), etc aún cuando existan intentos de construir un corpus de razonabilidad probatoria a través de ellos.

Surge así la *valoración de la prueba* por el órgano jurisdiccional justificada en la *credibilidad* del medio probatorio acerca de los hechos controvertidos objeto del proceso.

Y por más vueltas que le doy, no encuentro (a lo peor soy obtuso) ninguna *contradicción* (bien subrayado, por favor) entre que *"el objeto de la valoración de la prueba, al decir del ponente DOBARRO RAMOS²³, no es nunca un hecho o un acto, sino un juicio acerca de la existencia o de la manera de ser de un determinando hecho o determinado acto"* -énfasis mío-.

Si estoy en lo cierto, habrá de convenirse, entonces, que, el ponente DOBARRO RAMOS²⁴, simpatizará en que *"es posible que ese juicio -acerca de la existencia o de la manera de ser*

de un determinando hecho o determinado acto, se entienda- sea del mismo juez, prueba directa, -reconocimiento judicial- o de terceras personas -testigos, peritos-" -énfasis mío-.

Y, entonces, muchas bocas quedaran abiertas, no de estupefacción sino de arrobó ¿Por qué? Porque invito al complaciente lector a consultar los argumentos del ponente DOBARRO RAMOS²⁵ en defensa de su posición. Ya que lo que se barrunta es que, el *objeto de la valoración de la prueba*, no debiera ser contradictoria cuando el *juicio*, acerca de la existencia o de la manera de ser de un determinando hecho o determinado acto, *sea del mismo juez*. Pero sí, posiblemente, proclive a la *contradicción* cuando aquel *juicio* lo sea de *terceras personas* -testigos, peritos-. Y aquí quería yo llegar. Y mírese por qué. En opinión del ponente DOBARRO RAMOS²⁶ *"ante estos últimos juicios -los de terceras personas, se entiende- el juez tiene que interpretarlos para saber lo que se ha querido decir"*. Y²⁷ *"cuando la prueba ha sido interpretada es cuando puede ser valorada, y así, en presencia de juicios contradictorios entre sí, el juez deberá determinar cuál de ellos es el que responde a la verdad de lo realmente ocurrido, estableciendo el que ha de prevalecer sobre los otros"* -énfasis mío-.

El *monitum* jurisprudencial sugiere no dar por buena, así como así, el *objeto de la valoración de la prueba* cuando, el *juicio acerca de la existencia o de la manera de ser de un determinando hecho o determinado acto* provenga de *terceras*

23. DOBARRO RAMOS, Eugenio. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 237. p. 681. Se puede consultar en la web: www.institutovasco-dederechoprosesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

24. DOBARRO RAMOS, Eugenio. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 237. p. 681. Se puede consultar en la web: www.institutovasco-dederechoprosesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

25. DOBARRO RAMOS, Eugenio. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 237. p. 681. Se puede consultar en la web: www.institutovasco-dederechoprosesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

26. DOBARRO RAMOS, Eugenio. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 237. p. 681. Se puede consultar en la web: www.institutovasco-dederechoprosesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

27. DOBARRO RAMOS, Eugenio. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 237. p. 681. Se puede consultar en la web: www.institutovasco-dederechoprosesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

personas -testigos, peritos- sino tomarlo con las oportunas prevenciones como invitación a no perder el norte consistente en que “*el objeto de la valoración de la prueba, al decir del ponente DOBARRO RAMOS²⁸, no es nunca un hecho o un acto, sino un juicio acerca de la existencia o de la manera de ser de un determinado hecho o determinado acto*” -énfasis mío-. Vale.

En resumen: el ponente DOBARRO RAMOS²⁹, al encarar el objeto de la valoración de la prueba, ha aprovechado para concretarlo y, a la vez, para tener en cuenta las pautas a seguir en los supuestos de juicios contradictorios entre sí cuando provengan de terceras personas -testigos, peritos- porque, en este último supuesto, a diferencia de aquellos en que sea el mismo juez quien establezca el juicio valorativo sin intervención de terceros -inspección judicial-, habrá de tener en cuenta esos juicios contradictorios entre sí determinando cuál de ellos es el que responde a la verdad de lo realmente ocurrido y estableciendo el que ha de prevalecer sobre los otros.

No recorreré -lo prevengo- un itinerario laberíntico, la verdad. Por ello, confío en que pueda arribar a buen puerto. Para mí, la clave, que permite acceder a la valoración de la prueba, reside en el único juego, apuntado por el ponente BLANCO FERNÁNDEZ DEL VISO³⁰ consistente en que “*la valoración de la prueba es una función propia del Juzgador de instancia fundamentada en el principio de inmediación*” -énfasis mío-.

Pero, el planteamiento, que acabo de esbozar -sustancialmente correcto en mi opinión-, esca-

motea, quizás, matices de variada especie. Así que, aún a pesar de alargarme como una visita inoportuna, me demoraré en el siguiente asunto.

A ello voy. La intangibilidad de la valoración probatoria «cuya apreciación, según el ponente BLANCO FERNÁNDEZ DEL VISO³¹, debe mantenerse a no ser que sus razonamientos y conclusiones sean ilógicas, arbitrarias o contraria a derecho, sin que pueda pretenderse la sustitución de la apreciación imparcial y objetiva del Juzgador “a quo” (...), por una interpretación subjetiva e interesada de la parte recurrente» -énfasis mío- reside, según parece, en una razón básica: que la inmediación es antecedente necesario de la facultad de valorar la prueba. De ahí se sigue, entonces, que si falta la inmediación en la apreciación de las pruebas no hay modo en que éstas sean valoradas.

Más. Dentro de una configuración valorativa de la prueba cae de su peso que los jueces pueden meterse por los cercados de la decisión (o “fallo” de la sentencia) y explorar, al propio tiempo, a conciencia la parcela de la “legitimidad” de lo que motivan.

De esa suerte, la obligatoriedad de valorar la prueba no depende tanto de si el control judicial sobre ella tiene objeto sino, justamente, al revés, la valoración probática es el objeto del que depende la pertinencia del control judicial. El *quid pro quo* en el que incurre el ponente ILLESCAS RUS³² explicaría esta inversión de papeles. O sea, que “*los órganos jurisdiccionales han de proceder a valorar las pruebas practicadas*” por ser el ob-

28. DOBARRO RAMOS, Eugenio. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 237. p. 681. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

29. DOBARRO RAMOS, Eugenio. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 237. p. 681. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

30. BLANCO FERNÁNDEZ DEL VISO, Modesto. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 238. p. 684. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

31. BLANCO FERNÁNDEZ DEL VISO, Modesto. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 238. p. 684. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

32. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En:

jeto del que depende la *pertinencia* del control judicial “para determinar las consecuencias que deben extraerse de ellas -es decir, de las pruebas practicadas- y analizarlas comparativamente con las afirmaciones fácticas introducidas -formal y tempestivamente- por las partes en las correspondientes oportunidades alegatorias”. Y, tan es así, que “sólo de este modo es posible conocer el grado de convicción judicial necesario para concretar si pueden ser fijadas en aquélla -la sentencia definitiva, se entiende-, y en qué medida, alguna, todas o ninguna de dichas afirmaciones” -énfasis mío-.

Y si se estimara que el recobro de la *valoración probática* por esta vía no es deudor de planteamiento de fondo (el que aquí se pretende suscribir) del que, fundadamente, se puede disentir, aún me queda una razón para seguir en mis trece. Pienso que hay que poner atención en la incoherencia que supone, de un lado, desgranar el fin a cuyo cumplimiento está vocada la *valoración probática* (ya lo hemos leído renglones antes: constituirse en el *objeto* del que depende la *pertinencia* del control judicial) y, de otro, absolver de su obligatoriedad al órgano jurisdiccional correspondiente porque en la ocurrencia de su *fin* (el relativo a la *pertinencia* del control judicial) no ha perdido su razón de ser. Salta, entonces, a la vista que, en lo que, ahora, se examina, *no se hurta* la posibilidad de ejercer la aludida *pertinencia* del control judicial ¡Muy al contrario! Pero ¿cómo? Veámoslo. No se le priva al órgano jurisdiccional concernido, como dice el ponente ILLESCAS RUS³³, que la *valoración de las pruebas* constituya “un complejo proceso lógico o intelectual” -énfasis mío-.

De ahí que no dejaré pasar en silencio el puntillazo del *a fortiori* con el que, el ponente

ILLESCAS RUS³⁴, pretende coronar su faena argumental. Es decir, que la *valoración probática* se hace necesaria máxime cuando en ella -en la *valoración probática*, se entiende- “acostumbran a diferenciarse conceptualmente, simplificando en extremo, principalmente dos operaciones diferentes: una primera, denominada de apreciación o interpretación; y una segunda, de valoración en sentido estricto. En el primer estadio -de apreciación- pueden diferenciarse, a su vez, dos momentos: a) En el primero, el juzgador ha de analizar separadamente todas y cada una de las pruebas aportadas o desenvueltas para establecer con la mayor fidelidad y exactitud cuáles sean los precisos elementos que proporcionan separadamente cada fuente de prueba, y desvelar cuáles sean las afirmaciones que cabe extraer como consecuencia de ese examen en función de su índole: lo declarado por las partes o por los testigos en los correspondientes interrogatorios; el contenido de los documentos u otros soportes aportados al proceso; lo percibido en el reconocimiento; y la información proporcionada por los peritos (...). b) En un segundo momento, debe calificar, asimismo de modo individualizado y en atención a las características particulares de cada medio y a las eventuales incidencias acaecidas durante su práctica -tachaduras, raspaduras o enmiendas en los documentos; existencia o no de firmas, sellos u otros medios de autenticación; contundencia, vacilaciones o contradicciones en las partes y los testigos al deponer, etc.-, la idoneidad objetiva y en abstracto de los resultados que arrojen para asentar sobre aquéllos su convicción” -énfasis mío-.

No desconozco, por tanto, que se está insinuando, por el ponente ILLESCAS RUS³⁵, que la *valoración probática* no se halla desprendida de

Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2010, § 231. p. 493. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

33. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005* En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2010, § 231. p. 493. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

34. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2010, § 231. p. 493 - 494. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

35. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2010, § 231. P. 494. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

la *tutoría normativa* del código procesal civil ya que, siguiendo los argumentos de tan esforzado ponente, lo cierto es que, las vertientes “*valorativas*” más arriba destacadas, (la *apreciativa* y la *valorativa en sentido estricto*) encuentran aplicación pintiparada en dicho campo de aplicación, indistintamente del medio de prueba a valorar. De ahí que no resulte extraña la afirmación, de nuestro tan traído ponente ILLESCAS RUS³⁶, que “establecido lo que en sustancia expresa cada medio de prueba -o cabe inferir razonablemente de él-, el juzgador debe constatar cuál sea, de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento, su concreta eficacia y trascendencia” -énfasis mío-. Y, entonces, nos evoca que³⁷ “a este respecto debe recordarse que la Ley no dispensa a todos los medios de prueba de idénticos vigor y eficiencia; antes bien, asigna a unos un valor reglado o tasado -como acontece con ciertos aspectos de los documentos; o de lo respondido por las partes en confesión-, abstracción hecha de cuál pueda ser el grado de persuasión subjetiva del juzgador; en tanto que, para otros -entre los que se encuentra la prueba testifical- confía al órgano jurisdiccional la formación discrecional -que no arbitraria- de su convencimiento” -énfasis mío-.

Y por si no se captara la *pertinencia* del anterior razonamiento, informaré, a mayor abundamiento, de la mano del ponente ILLESCAS RUS³⁸, que “como quiera que en la práctica difícilmente se propone y efectúa una única prueba por cada uno de los hechos litigiosos, sea porque respecto de ellos recae la actividad de más de un litigante (de la misma parte o de partes contrapuestas), sea porque sobre los mismos o

distintos aspectos de un hecho o conjunto de hechos concurren diferentes medios, es preciso relacionar y poner en combinación el resultado de todos los medios practicados; o dicho en otros términos: es necesario proceder, de verdad, a una apreciación conjunta de la prueba, que en rigor es algo distinto de su mera afirmación formal en las sentencias como tropo o fórmula estereotipada, como método para eludir una auténtica valoración o para ofrecer como aparentemente motivada una decisión decretal, apriorística, o producto de simples prejuicios” -énfasis mío-.

El pasaje recién transcrito exhibe la inconfundible fisonomía del argumento *a fortiori*. Y para que éste funcione, primeramente se necesita adentrarse en la *ratio* que anida en la denominada *apreciación conjunta de la prueba* (art. 197 del Código procesal civil peruano) y, luego, examinar, si con mayor razón es aceptable como “*auténtica valoración*”. Y, así, sí que bien empezamos. Por la -a todas luces- *sinrazón* que supondría en no «reparar en que no siempre los distintos medios de prueba practicados arrojan un resultado coincidente o complementario, sino que es harto sólito que existan contradicciones en uno mismo y antítesis entre diversos medios, a pesar de las cuales, o precisamente en virtud de ellas, puede lograrse la fijación del “*factum*” sobre el que ha de aplicarse el Derecho. Desde esta perspectiva, es claro que la concreción de la *quæstio facti* en la sentencia no puede por menos que provenir -dice el ponente ILLESCAS RUS³⁹- de la combinación de los distintos medios de prueba, sin perjuicio de que en ella deba también justificarse cumplidamente el por qué de las conclusiones obtenidas y de la

36. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2010, § 231. p. 494. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

37. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2010, § 231. p. 494. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

38. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2010, § 231. p. 494. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

39. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2010, § 231. p. 494. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocetal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

preferencia o postergación de los resultados de un medio respecto de otro u otros» -énfasis mío-.

Y sería muy obtuso -por decirlo con franciscana suavidad- ignorar que, en la *valoración probática*, no intervienen semejantes imponderables.

No obstante, vista la literatura jurisprudencial, que ha auspiciado la valoración de la prueba, se tiene la impresión de que, el sendero abierto, puede que se halle un tanto difuminado. En concreto: no se ve claro, para empezar, si se trata de dos operaciones autónomas -las de la *valoración de la prueba* y la *libertad* empleada en la misma- que van cronológicamente una tras la otra, o bien de una sola operación compleja en la que un elemento encauza el despliegue del otro. A ver si me explico sin tanto alambique.

En lo tocante a la *valoración de la prueba* por el órgano jurisdiccional, justificada en la *credibilidad* del medio probatorio acerca de los hechos controvertidos objeto del proceso, parecería de una embarazosa banalidad verse en la tesitura de puntualizar, como lo hace el ponente BARBANCHO TOBILLA⁴⁰, que *“el reino de la actividad probatoria reside en el juzgador de instancia”* -énfasis mío- ¿Es que se ha olvidado, acaso, el *“buen andamento”* de la *razonabilidad* de la acción y del interés público-judicial?

Hay quienes han entendido que, el ejercicio de la *valoración de la prueba*, debe ir precedido de la *libertad valorativa* en modo tal que, una

vez acreditada la existencia de la probanza, *su valoración ha de ser libre*. Debe reconocerse que las *ipsissima verba* del ponente POCINO MOGA⁴¹ autorizan esa interpretación cuando afirma que *“conviene recordar la conocida y reiterada doctrina jurisprudencial según la cual la valoración de la prueba corresponde a los Tribunales de instancia que han de ejercitar esta facultad atendiendo al principio de la libre apreciación y valoración de la prueba”* -énfasis mío-. Pero, al propio tiempo, es la propia voz del ponente POCINO MOGA la que nos advierte que, la función atribuida a la⁴² *“libre apreciación y valoración de la prueba”* -énfasis mío-, consiste en poner un límite al mismísimo ejercicio de la valoración; es decir que se ha de valorar de *forma racional*. Cae de su peso, pues, que al ponente POCINO MOGA⁴³, no le parezca anómalo que, la *“libre apreciación y valoración de la prueba”*, se despliegue, de un lado, *“siempre con la posibilidad de que la valoración probatoria se practique mediante apreciación conjunta a fin de obtener una conclusión cierta”* y, de otro, que deba *“prevalecer su criterio -el de los Tribunales, se entiende-, por imparcial y objetivo, sobre el de las partes, y únicamente pueden estimarse incorrectas las deducciones obtenidas por el juzgador cuando éstas resulten absurdas, ilógicas o irracionales o cuando haya dejado de observar alguna prueba objetiva que las contradiga”* -énfasis mío-.

Esta segunda prescripción añade una exigencia suplementaria y se resume⁴⁴ *“en la posibilidad de que la valoración probatoria se practique*

40. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*, Año 2001. Volumen I, cit., p. 70 y ss.

41. POCINO MOGA, José María. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 4 de enero de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 1, 2010, § 212. p. 96. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

42. POCINO MOGA, José María. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 4 de enero de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 1, 2010, § 212. p. 96. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

43. POCINO MOGA, José María. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 4 de enero de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 1, 2010, § 212. p. 96. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

44. POCINO MOGA, José María. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 4 de enero de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 1, 2010, § 212. p. 96. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

mediante apreciación conjunta a fin de obtener una conclusión cierta" y, además, en que "las inferencias lógicas" no "resulten absurdas, ilógicas o irracionales" o sean contrarias a "alguna prueba objetiva que las contradiga" otro.

Al respecto, y como acertado contrapunto, traigo a este lugar las palabras del ponente BARBANCHO TOBILLA⁴⁵ en cuanto comprometen "que sólo y exclusivamente cuando las conclusiones alcanzadas por el juzgador sean absurdas, arbitrarias y erróneas es admisible volver a analizar la prueba practicada pues, claro está, una cosa es un error en la valoración de la prueba (...) y otra muy distinta, aunque perfectamente asumible, intentar acondicionar la actividad probatoria a las pretensiones del recurrente" -énfasis mío-.

Y así nos percatamos que su propuesta afecta, de entrada, a la *garantía constitucional* consistente en afirmar que, a través de la "observancia del debido proceso" (art. 139. 3. de la Constitución peruana), el "derecho a la prueba" ha dejado de ser, conceptualmente, un ámbito estructuralmente adjetivo del ejercicio de la función jurisdiccional y pasa a ser, ante todo, una formulación de contenido y origen constitucional y garantista. Veamos. La consecuencia de tal premisa es importante, pues la negación del derecho a la prueba sería inconstitucional. Por lo que, en mi particular andanza, a través de la lectura consti-

tucional del "derecho a la prueba", el ejercicio de ese derecho es *garantía* del ejercicio efectivo -sin indefensión- de la función jurisdiccional⁴⁶. Y, si -como acabo de sostener-, se ha de pechar con mi idea de justificar que la negación del "derecho a la prueba" sería inconstitucional, entonces a la fuerza habré de tener el cuajo de reconocer que semejante discurso justificatorio de la *lectura constitucional* del "derecho a la prueba" estará constelado por no escasos argumentos de indudable raíz *garantista*⁴⁷.

En efecto, ¿por qué cuando las conclusiones alcanzadas por el juzgador sean absurdas, arbitrarias y erróneas es admisible volver a analizarlas? Y si no bastará con lo anterior -¡que parece bastar por lo leído renglones antes!- ¿por qué es "perfectamente asumible" -en palabras del ponente BARBANCHO TOBILLA⁴⁸-, intentar acondicionar la actividad probatoria a las pretensiones del recurrente?"

Así que ese puñado de *normalités* se ensartan en el hilo conductor del ponente BARBANCHO TOBILLA⁴⁹. A ver. Que, de un lado⁵⁰, "sólo y exclusivamente cuando las conclusiones alcanzadas por el juzgador sean absurdas, arbitrarias y erróneas es admisible volver a analizar la prueba practicada" y, de otro, que es "perfectamente asumible, intentar acondicionar la actividad probatoria a las pretensiones del recurrente" -énfasis mío-. O sea que⁵¹, "sin que pueda pretenderse la

45. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*, Año 2001. Volumen I, cit. p. 70 y ss.
46. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La garantía de la prueba de la causa petendi en el proceso civil. Algunas cuestiones*, cit., p. 19.
47. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La garantía de la prueba de la causa petendi en el proceso civil. Algunas cuestiones*, cit., p. 19.
48. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*, Año 2001. Volumen I, cit. p. 70 y ss.
49. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*, Año 2001. Volumen I, cit., p. 70 y ss.
50. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*, Año 2001. Volumen I, cit., p. 70 y ss.
51. BLANCO FERNÁNDEZ DEL VISO, Modesto. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de enero de 2006*. En: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 3, 2010, § 238. p. 684. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocual.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

sustitución de la apreciación imparcial y objetiva del Juzgador «a quo» (...), por una interpretación subjetiva e interesada de la parte recurrente» -énfasis mío-.

Es cierto que, no pocas veces, los más altos tribunales han tutelado un modelo probático *monologante, no dialógico*, satisfecho con que, *con garantizar*, al decir del ponente MALLO MALLO⁵², “*que cada una de las pruebas practicadas haya de ser objeto en la sentencia de un análisis individualizado y explícito*” -énfasis mío- se des-preocupaba de si, el juez, *garantizaba* contestar -o no- puntualmente a las alegaciones de las partes. Malamente, eso supondría un *desenfoque* que desconocería la *criticidad*, de un ámbito de la prueba, en el que -¡lo digo desde ya!- puede que exista la “puesta en escena” de una *puja intelectual* en torno al acierto y desacierto de los diversos -¡no, de uno!- medios de prueba practicados. De ahí que si, sólo, compitiera el medio de prueba *uti singulis*, eso acarrearía desconocer que -según el ponente MALLO MALLO⁵³- “*es constitucionalmente posible una valoración conjunta de las pruebas practicadas (...) que es un sistema necesario, por ejemplo, cuando varios medios de prueba se complementan entre sí o, incluso, cuando el resultado de unos incide en el resultado de otros*” -énfasis mío-. Lo cual explicaría la posterior *expansión* del control jurisdiccional al espacio de la *garantía de la prueba* lo que equivale a reconocer que, las tales *garantías probáticas, no son abstractas*. Actúan -y me recreo en la redundancia-, *críticamente*, el modelo *concreto* de tutela judicial efectiva que establece la Constitución peruana a través de la “*observancia del debido proceso*” (art. 139. 3. de la Constitución peruana).

Cabe asegurar, pues, de antemano que, ahondar en el contexto funcional de la *libre apreciación y valoración de la prueba*, se revela *incompara-*

blemente más eficaz, para el *garantismo procesal*, que el dispendio de fatigas en neutralizar los efectos irracionalistas que aprioricamente hubiera de atribuirse a la susodicha expresión.

De ahí que vuelvo a lo ya indicado renglones antes. La *función demostrativa* de la prueba ha de estar basada en un ámbito *cognoscitivo y razonable* en función del cual el órgano jurisdiccional procede a *individualizar* las propuestas más atendibles y fiables (*creíbles*) del objeto probático *justificando racionalmente la elección realizada*.

Pocas cosas hay que atraigan y distraigan más la atención que la faena de averiguar esas propuestas más atendibles y fiables (*creíbles*) del objeto probático *justificando razonablemente la elección realizada* ¡Sin dudar!

VII. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA COMO GARANTÍA DE EJERCICIO EFECTIVO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. LA LECTURA CONSTITUCIONAL DEL “DERECHO A LA PRUEBA”

Para dar curso a lo que pretendo esclarecer me viene pintiparado tomar como punto de partida el texto constitucional peruano. Ya lo he avisado renglones antes. El argumento constitucional me avala para afirmar que el “*derecho a la prueba*” se encuentra ya *acogido* (diré más, aclamado y proclamado) por la vigente Constitución peruana.

El artículo 139.3. de la Constitución peruana incluye entre “*los principios de la función jurisdiccional*” “*la observancia del “debido proceso”*” por lo que el constitucionalismo peruano ha contraído una “*deuda*” en orden a *garantizar -garantismo procesal-* que todos los peruanos puedan utilizar

52. MALLO MALLO, Luis Adolfo. *Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 2 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 232. p. 661. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.
53. MALLO MALLO, Luis Adolfo. *Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 2 de enero de 2006*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 232. p. 661. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

los medios de prueba pertinentes (art. 190 del Código procesal civil peruano) para su defensa.

El pronunciamiento constitucional es indubitado y afecta, sin exclusión, a “todos”. Salta a la vista que el “todos” no adolece de una insuprimible relatividad y que, por tanto, se vincula con el ejercicio de un derecho de aplicación directa y de no mera formulación programática. Ambas precisiones, singularmente iluminativas, me provocan, no obstante, un par de consideraciones más. En lo que respecta a la primera, principiaré asumiendo una idea que es de usanza como que la existencia de esa “deuda”, en orden a *garantizar-garantismo procesal- que todos los peruanos puedan utilizar los medios de prueba pertinentes* (art. 190 del Código procesal civil peruano) para su defensa, posee una doble proyección. De un lado, *formal o instrumental* que implica el uso de los medios de prueba que regula el ordenamiento procesal peruano *sin exclusión*. Pero, también, proyecta una vertiente *sustantiva* (por su *compromiso* constitucional con el “debido proceso”) y “debida” (por ser “deudora” con las *garantías procesales*, se entiende) relativa al carácter *pertinente* (art. 190 del Código procesal civil peruano) de aquel uso en orden a actuar, además, en un ámbito netamente *garantista*, como es la realización de una actividad de *defensa*.

Y correlativamente con lo que he dado por ganado (con razón, espero), se alza pimpante la segunda consideración de la que, supongo para mi, tampoco es posible dudar. Consiste en afirmar que a través del artículo 139 de la Constitución peruana, el “derecho a la prueba” ha dejado de ser, conceptualmente, un ámbito estructuralmente adjetivo del ejercicio de la función jurisdiccional y *pasa a ser, ante todo, una formulación de contenido y origen constitucional y garantista*. Veamos. La consecuencia de tal premisa es importante, *pues la negación del derecho a la prueba sería inconstitucional*. Por lo que, en mi particular andanza, a través

de la lectura constitucional del “derecho a la prueba”, el ejercicio de ese derecho es *garantía* del ejercicio efectivo -sin indefensión- de la función jurisdiccional.

En concreto, se ve claro, para empezar, que no se trata de dos operaciones autónomas como son, de un lado “cargar” (como acción o efecto de “tomar o tener sobre si alguna obligación o cuidado”) y, de otro “probar” que no van, cronológicamente, una detrás de otra. Cuanto más bien de una *sola operación compleja* en la que un elemento -“cargar”- encauza el despliegue del otro -“probar”-. A ver si me explico, una vez más, sin tanto alambique.

Hay quienes han entendido -en cuya nómina yo me hallo- que el ejercicio de la *carga de la prueba* había que *reubicarlo* en el *garantismo procesal*⁵⁴; lo que se me antoja -¡perdón por el atrevimiento!- como un buen punto de partida metodológico del que, luego, vendrá todo lo demás. Me explico. La doctrina sobre la “carga de la prueba” (art. 196 del Código procesal civil peruano) ha asumido -a mi entender- con el artículo 139.3. de la Constitución peruana una formulación que *escapa* a su estricta concepción procesal.

Para que se me entienda. Al igual que la *función jurisdiccional*, la doctrina de la “carga de la prueba” (art. 196 del Código procesal civil peruano) ha superado su “estricta” conceptualización procesal *para acceder al ámbito del garantismo constitucional, por cuanto -¡atención!- no se puede negar la declaración jurisdiccional de un derecho por el órgano jurisdiccional cuando a la carga de probar de la parte* (art. 196 del Código procesal civil peruano) *le asista tanto la preterición de la indefensión*⁵⁵, *como el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes* (art. 190 del Código procesal civil peruano). De ahí que tengo para mí que la “carga de la prueba” (art. 196 del Código procesal civil peruano) *no es una cláusula constitucional indeterminada, pues*

54. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Estudios sobre garantismo procesal. El Derecho procesal conceptualizado*, cit., p. 1 y ss.

55. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La garantía de la prueba de la causa petendi en el proceso civil. Algunas cuestiones*, cit., p. 19.

sin el reconocimiento de un derecho a la carga de la prueba (art. 196 del Código procesal civil peruano) se vulnera el ámbito de la tutela judicial efectiva. Por tanto, no es forzado el intento por ensayar un encaje constitucional para la “carga de la prueba” (art. 196 del Código procesal civil peruano), aún cuando no exista una mención expresa en el artículo 139.3. de la Constitución peruana a la misma, por cuanto contemplo el “fenómeno de la carga de la prueba” (art. 196 del Código procesal civil peruano) desde la perspectiva de los efectos producidos por la utilización inadecuada de sus postulados dentro de cada proceso concreto, lo que nos ubicaría ante una posible indefensión del justiciable que, de tal guisa, aparece privado de toda posibilidad razonable para hacerse con el medio probatorio que necesita o pertinente (art. 190 del Código procesal civil peruano).

Y aquí es a donde yo quería llegar ¿Por qué? Porque tengo para mí que no es, precisamente, la desorientación la que le motiva al ponente HOYA COROMINA⁵⁶. Su pulido pronunciamiento es fruto de un fino utillaje teórico-conceptual ya que nos permite darnos un garbeo por la polisemia de los términos “carga de la prueba” -ricos en destinos y desatinos- por ver si encontramos algo más de provecho en la ilustración del ponente HOYA COROMINA⁵⁷. Y topamos con un dato que quizás nos ofrezca un alto rendimiento; a saber, que sin desconocer, según nos indica el ponente HOYA COROMINA⁵⁸, que las reglas que regulan la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil constituyen (“en principio”) “una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde a los órganos judiciales”, no

es menos cierto que “tal principio deberá ser precisado en el sentido que alcanzara[n] -¡ojo!- contenido de derecho fundamental -las reglas que regulan la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil, se entiende- cuando las mismas entrañen la vulneración de un derecho fundamental, lo que ocurrirá cuando se exija a una de las partes una prueba imposible o diabólica que cause indefensión por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (...), o cuando se adopten reglas de distribución de la carga de la prueba que produzcan situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso” -énfasis mío-.

Obsérvese que, la doctrina asentada por el ponente HOYA COROMINA⁵⁹, me viene pintiparada ya que se corresponde con lo ya sostenido por mí renglones antes cuando afirmaba que, la doctrina de la “carga de la prueba”, ha superado su “estricta” conceptualización procesal para acceder al ámbito del garantismo constitucional.

Todo lo cual se me antoja de una proyección jurídico-procesal trascendente pues, como indica el propio ponente HOYA COROMINA⁶⁰, por lo pronto ha supuesto “una modificación de los parámetros clásicos en relación con la denominada carga de la prueba (...) tomado carta de naturaleza en conjunción con los principios constitucionales antes reseñados la hoy ciertamente consolidada jurisprudencialmente doctrina denominada de la facilidad probatoria, disponibilidad de los medios y proximidad a las fuentes de prueba”-énfasis mío-.

56. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*, Año 2001. Volumen I, cit., p. 125 y ss.

57. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*, Año 2001. Volumen I, cit., p. 125 y ss.

58. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*, Año 2001. Volumen I, cit., p. 125 y ss.

59. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*, Año 2001. Volumen I, cit., p. 125 y ss.

60. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*, Año 2001. Volumen I, cit., p. 125 y ss.

Así que, de lo indicado, y en lo que respecta al tracto final, el del razonamiento *inferencial* que conduce de la “carga de probar” (art. 196 del Código procesal civil peruano) a su *constitucionalización*, en *garantía* de derechos procesales, el ponente HOYA COROMINA⁶¹ aporta una pareja de prescripciones (digo “pareja” y no simplemente “dos”, porque la segunda es inconcebible sin la primera) que se resuelven, en primer lugar, en que “cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes (...) conlleva que sea dicha parte quien deba aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad” -énfasis mío-. Y, en segundo lugar⁶², que *no es “exigible de ninguno de los litigantes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión”*.

Así que, en lo que hace al resultado argumentativo anterior, encontramos en las indicaciones del ponente HOYA COROMINA⁶³ una “perla” que, tomada como ha venido, nos ahorra más fatigas: *la proyección constitucional de la denominada doctrina de la facilidad probatoria, disponibilidad de los medios de prueba y proximidad a las fuentes de prueba* ¡Casi nada!

Y, si -como acabo de sostener-, se ha de pechar con mi idea de justificar que *la negación del “derecho a la prueba” sería inconstitucional*, entonces a la fuerza habré de tener el cuajo de reconocer que semejante discurso justificatorio de la *lectura constitucional* del “derecho a la prueba” estará constelado por no escasos argumentos de indudable raíz *garantista*.

Pero, con todo, no nos dejemos ofuscar con el presunto resplandor *garantista*. La variante ga-

rantista, del “derecho a la prueba”, emerge, en el ámbito de una tendencia a transportar métodos y modelos de *reglas de exclusión*, para resolver problemas jurídicos. Para que se me entienda. El análisis *omisivo* -eso que he dado en llamar *reglas de exclusión*- asume, fundamentalmente, una concepción *heteoreferencial* del “derecho a la prueba”; de manera que, el aludido *derecho* -el “derecho a la prueba”, se entiende-, se refiere a realidades *intrafactuales* y, no, a otras entidades que no sean las empíricas.

Por eso, *no se excluye* -¡en modo alguno!- que el “derecho a la prueba” tenga que ver con la realidad *empírica* de los hechos. Lo cual impacta, directamente, sobre el “convencimiento” -del órgano jurisdiccional, se entiende- hacia el que enfila la variante *garantista* del “derecho a la prueba”. En efecto, se está diciendo que, la reconstrucción de un hecho por el juez a través del “derecho a la prueba”, no es, sustancialmente, *omisivo*. Pero, sí puede serlo *excluyente* de determinados medios de prueba por cuanto, ya nos advierte el ponente UTRILLAS CARBONELL⁶⁴, “*el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (...) no atribuye un derecho ilimitado de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, pues sólo procede la admisión de las pruebas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes al caso*” -énfasis mío-.

Entendámonos. Se admite, claro está, el ámbito *garantista* del “derecho a la prueba” que, para mí, tiene la pretensión de ser una afirmación verdadera y severa, mientras que, al propio tiempo, *no es verdadero* que, el citado ámbito *garantista*, sea de proyección *totalitaria* y *absoluta* porque, como indica el aludido ponente UTRILLAS CAR-

61. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*. Año 2001. Volumen I, cit., p. 125 y ss.

62. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*. Año 2001. Volumen I, cit., p. 125 y ss.

63. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias provinciales vascas*. Año 2001. Volumen I, cit., p. 125 y ss.

64. UTRILLAS CARBONELL, Fernando. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2006*. En: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 3, 2010, § 235. p. 676. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocivil.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

BONELL⁶⁵, “no puede ser motivo de nulidad de actuaciones la ausencia de la práctica de pruebas que no se estiman decisivas o determinantes para la resolución del pleito, entendiéndose por el contrario que su práctica acarrearía una innecesaria mayor dilación en la resolución firme de la litis” -énfasis mío-.

Pero, de cualquier modo, la pretensión *omisiva* -en la medida en que pueda ser *excluyente* de concretos medios de prueba- sería un elemento del mensaje, emitido por el juez, con el que se pretende *asegurar* que, la variante *garantista*, del “derecho a la prueba” sea, *la única y exclusiva*, capaz de provocarle el *convencimiento*. O sea, que si la plausibilidad de la variante *garantista*, del “derecho a la prueba” se cifra en la *coherencia del convencimiento*, carecería de sentido la *absolutidad* del mismo.

De ahí que, el aludido -renglones antes- resplandor *garantista* del “derecho a la prueba”, habrá que observarlo con algún detenimiento -aunque sin necesidad de aparato- pues resulta que las inercias prejuiciosas de ciertos gremios procesalistas, por las que a menudo se dejan llevar algunos, pregonan la poca atención que, a veces, prestamos a lo que tenemos ante los ojos. Así que tomaré como puesto de observación (adrede, por el partido que en lo venidero pienso sacar) *la constitucionalización del derecho a la prueba como garantía del ejercicio efectivo de la función jurisdiccional*.

VIII. LA GARANTÍA DE LA INICIATIVA EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA. EL INTERÉS PÚBLICO EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL QUE SE INCARDINA LA GARANTÍA DE ACCESO A LAS PRUEBAS POR LAS PARTES ES UN BIEN JURÍDICO QUE SE PROTEGE MEDIANTE EL DEBIDO PROCESO SI SE PRETENDE CONFORMAR UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Con el vigente Código procesal civil peruano en la mano, el presupuesto necesario para que nazca el “derecho a la prueba”, *acogido* (diré más, aclamado y proclamado) por la vigente Constitución peruana, surge sólo con el *hecho necesitado* de prueba. El *hecho necesitado* de prueba *justifica* el “derecho a la prueba” y la *garantía* de la *iniciativa* en la actividad probatoria. Por tanto, la *garantía* de la *iniciativa* en la actividad probatoria es de justificación *exclusivamente fáctica* (art. 188 del Código procesal civil peruano) *basada en la existencia del hecho necesitado de prueba* que ha de gozar, pues, de la *garantía* de la *iniciativa* en la actividad probatoria.

Conviene, lo primero de todo, indicar que la *sustantividad* del *hecho necesitado* de prueba (art. 188 del Código procesal civil peruano), como determinante de la *iniciativa* en la actividad probatoria supone el *acercamiento* a modelos procesales en los que la *sustantividad del hecho en su alegación y prueba* se justifica en la existencia de un *proceso justo* o en “*la observancia del debido proceso*” (art. 139.3. de la Constitución peruana).

Y, veamos. El principio del *proceso justo* o “*debido proceso*” ha sido acogido a través de las propuestas *garantistas* que plantea la Constitución peruana. Según ese principio del *proceso justo* o “*la observancia del debido proceso*” (art. 139.3. de la Constitución peruana), el órgano jurisdiccional ha de asumir la “*deuda*” (por ser “*deudor*” con las *garantías procesales*, se entiende) que es “*debida*” o se “*debe*” -“*debido proceso*”- a una *estructuración* del proceso de manera tal a *cómo* lo pueden pretender de él -del órgano jurisdiccional, se entiende- las partes en el mismo. Particularmente ello significa, en el supuesto que se examina, que el órgano jurisdiccional no puede conducirse de modo tal que se *desentienda* de la exigencia de *audiencia* de las partes personadas *respecto del hecho necesitado de prueba* (art. 188 del Código procesal civil peruano), ya que su actuación, en ese modo, ha de ser correlativa a

65. UTRILLAS CARBONELL, Fernando. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2006*, en Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 3, 2010, § 235. p. 676. Se puede consultar en la web: www.institutovasco-dederechoprocual.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

cómo desearían las partes que actuara la “deuda” contraída (por ser “deudora” con las garantías procesales, se entiende) y que es “debida” o se “debe” –“debido proceso”– en el contexto de un “proceso justo”. Aunque repárese que, ese deber de estructuración del proceso, surge en el derecho peruano por vía normativa y, además, con una acentuada operatividad *garantista extrarradio* de un *deber absoluto* del órgano jurisdiccional de estructurar el proceso; pues esa estructuración posee un amplio respaldo normativo cada vez más *garantista*.

Pero, en semejantes contexto ¿a quien corresponde la iniciativa en la actividad probatoria? En Código procesal civil peruano el hecho necesitado de prueba justifica el “derecho a la prueba” tanto de las partes (art. 196 del Código procesal civil peruano) como del propio órgano jurisdiccional (art. 194 del Código procesal civil peruano).

La justificación del “derecho a la prueba” de la parte se acoge, en el artículo 196 del Código procesal civil peruano, como principio general. Según Código procesal civil peruano lo común –“salvo disposición legal diferente”: artículo 196 del Código procesal civil peruano–, va a consistir en que el “derecho a la prueba” origine su práctica a instancia de parte. Pero, ¡-ojo!- de ambas partes ya sea actora como demandada.

También, existe la justificación del “derecho a la prueba” del órgano jurisdiccional regulada en artículo 194 del Código procesal civil peruano como supuesto *exceptuado* para cuando “los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes” (art. 194 del Código procesal civil peruano) al principio general según el cual su práctica procede a instancia de parte. En el Código procesal civil peruano se han reforzado las facultades del órgano jurisdiccional respecto a la iniciativa probatoria. El carácter *exceptuado* del derecho a la prueba del órgano jurisdiccional surge, sólo y exclusivamente, de los supuestos en que la ley lo contemple (art. 196 del Código procesal civil peruano). Lo común y general no va a consistir en que el derecho a la prueba origine que el órgano jurisdiccional pueda acordar de oficio su práctica. De este modo, se ha querido garantizar el compromiso del órgano jurisdiccional en la

justa composición del proceso propugnado por el Estado social y de derecho -proceso justo en base a “la observancia del debido proceso” (art. 139.3. de la Constitución peruana)- en el que no es posible configurarlo [al órgano jurisdiccional] como un sujeto interviniente en el ejercicio funcional de la jurisdicción sin iniciativa probatoria de ningún tipo.

Pero, repárese que, el compromiso del órgano jurisdiccional, no es completo. Posee los límites que establece la propia ley. Y, además, son límites de carácter adjetivo o de justificación procesal que no permiten que el órgano jurisdiccional pueda acordar de oficio, con carácter general o común, la práctica de la prueba.

Conjuntamente con este modelo de compromiso justificado en los límites que la propia ley establezca (art. 196 del Código procesal civil peruano), es preciso indicar que, en ningún caso, el órgano jurisdiccional asume un compromiso en la justa composición del proceso de justificación fáctica. El órgano jurisdiccional, en modo alguno, podrá ordenar la práctica de actividad probatoria cuando esa práctica surja extrarradio de las fuentes probatorias que consten ya indicadas en el proceso sin que, en ningún caso, pueda introducir hechos no alegados por las partes en orden a la práctica probatoria que desee acordar cuando la ley se lo permita.

La imposibilidad, por parte del órgano jurisdiccional, de introducir hechos no alegados por las partes garantiza el respeto a los principios dispositivos y de aportación de parte y evita la actuación inquisitiva del órgano jurisdiccional que pueda desplegar en orden a la búsqueda de fuentes de prueba no introducidas en el proceso por las partes. Es una garantía de la iniciativa en la actividad probatoria.

Partamos, pues, de la idea de que en el ámbito del Derecho procesal, la “evidencia” (“evidencia”) de un hecho está sujeta a una específica regulación de las pruebas. Vale. Es el Derecho de la prueba • Derecho probatorio como ha sido indicado renglones antes. Y como, por fortuna, los paladines de la “verdad a cualquier

precio" ya no son mayoría es por lo que creo que, el *status quaestionis* hodierno en materia probática, debe ceñirse al inventario de los puntos de avenencia. Procederé, por tanto, acompañándome de la lectura de la ponente ARAUJO GARCÍA⁶⁶, a incidir en que "la generalidad de los sistemas procesales civiles (...) implica que *no será ni razonable ni asequible (más bien resultaría imposible) que fuese el Estado, a través de los tribunales, quienes hubieran de ocuparse -con la correlativa responsabilidad- de comprobar la certeza de los hechos y sus afirmaciones, con una adecuación probatoria al efecto -énfasis mío-, que configuran la inmensa mayoría de los casos llevados ante los tribunales*".

Trayendo el agua a nuestro molino, salta a la vista, además, que todo lo referenciado posee una indudable operatividad en el artículo 194 del Código procesal civil peruano en base a razones de estricta índole interpretativa y subsuntiva. Está fuera de lugar, pues, toda mención a la duda en relación con el mentado precepto.

IX. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES

Quien siquiera se haya asomado a la literalidad del texto constitucional peruano de sobra debiera saber que la *pertinencia* del medio de prueba (art. 190 del Código procesal civil peruano) como *garantía* para su utilización [del medio de prueba] *se halla constitucionalizada* en el artículo 193.3. de la Constitución peruana en "*la observancia del debido proceso*". Esa *constitucionalización* de la *pertinencia probatoria* se justifica como *garantía (garantismo procesal)* para que la parte pueda plantear "*su defensa*" ya que en la aludida "*observancia del debido proceso*" (artículo 193.3. de la Constitución peruana) *no tiene cabida la indefensión*. En consecuencia, la *díada pertinencia-defensa de la parte es determinante* para comprender aquella *constitucionalización de la pertinencia*, por cuanto es *garantía* para la

"*defensa*" de la parte. Pero no sólo eso, ya que, esa *garantía*, no es sólo *sustantiva o vinculada al derecho de defensa*, sino también *funcional* por cuanto que es el órgano jurisdiccional *quien debe pronunciarse* [ejercicio *funcional* de la jurisdicción] sobre la *pertinencia* que avala la Constitución peruana, ya que ese *pronunciamiento* [el del órgano jurisdiccional] es *garantía* de actuación para la parte.

Desde el observatorio de la *razón* se atisba que, la *pertinencia* de la prueba, se predica de su *utilidad* y, además, que no se remite -la *pertinencia* probática, se entiende- a una exigencia "*idealizada*" que, sobre la base de ciertas creencias, establece o consolida un estado de cosas que se estima preferible en consonancia con un concreto sistema de valores ¡No!

Pero, ¿qué entendemos por *racionalidad pertinente y útil -"procedente"*: art. 190 del Código procesal civil peruano- de la prueba? Interesa clarificar que, esa *racionalidad pertinente y útil* de la prueba, es la que respecta, en definitiva, al postulado del *tribunal racional*. Y que es distinta de la "*racionalidad creencial*" como aquella que se predica de creencias u opiniones *a diferencia* de la *racionalidad pertinente y útil* de la prueba que sirve para catalogar determinadas acciones, decisiones y conductas.

No obstante, un comportamiento *racional*, sobre la *pertinencia y utilidad -"procedencia"*: art. 190 del Código procesal civil peruano- de la prueba, puede arrancar de las creencias que el tribunal considera sustentadas (aunque ¿qué pasa si se equivoca?). De ahí que, la *racionalidad pertinente y útil* de la prueba, no solo pueda incluir la "*racionalidad creencial*" sino que, al propio tiempo, *la trascienda*.

Ergo, para conducirse de manera *racional*, respecto de la *pertinencia y utilidad -"procedencia"*: art. 190 del Código procesal civil peruano- de la prueba, no basta sólo con "*creer u opinar*" sino

66. ARAUJO GARCÍA, María del Carmen. *Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 31 de enero de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2010, § 223. pp. 448 - 449. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocual.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

conocer -en lo que se pueda- los medios necesarios para la obtención del fin que se persigue. Y ¿cuál es esa finalidad? No es otra que la indicada por el ponente ILLESCAS RUS⁶⁷ que la reconduce a que “la utilidad y pertinencia de las pruebas debe examinarse a la luz de los hechos alegados por las partes” -énfasis mío-.

Seguro que esta explicación, de nuestro aludido ponente, perfila mejor lo que, con cierto decoro -¡qué voy a decir yo!- había avanzado acerca de la racionalidad pertinente y útil de la prueba; es decir, una racionalidad que, sobre la base “de los hechos alegados por las partes” busca catalogar determinadas acciones, decisiones y conductas trascendiendo la pura “racionalidad creencial”.

Pero, no he terminado. Y mírese por qué. De la racionalidad pertinente y útil de la prueba, tal cual acabo de bosquejarla, no pueden creerse beneficiarios ni los iluminados, ni los locos ni, en fin, los necios; porque, a fin de cuentas, no puede permitirse que el tribunal monte una estrategia en función de sus creencias y preferencias ¡De nuevo, no!

Para mi auxilio acude, en mi ayuda, el ponente ILLESCAS RUS⁶⁸, que se revela de una contrastada eficacia, al decir que, la utilidad y pertinencia de la prueba, debe examinarse “no atendiendo al resultado potencial de los medios de prueba propuestos” -énfasis mío-.

Hagámonos cargo, entonces, de que, al conducirnos de manera racional, respecto de la pertinencia y utilidad de la prueba, no basta sólo con “creer u opinar”. O sea, de las creencias que el tribunal considera sustentadas en presumibles resultados potenciales de los medios de prueba propuestos ¡Una vez más, no! Muy al contrario: del vigor y la fuerza de lo que se ha alegado por la parte. No de lo que, creencialmente, se pueda alegar factualmente.

Provisto de esta básica aseveración ahora toca ver, cómo el órgano jurisdiccional, ha de pronunciarse, expresamente, sobre la admisión o denegación de la prueba que ha propuesto la parte.

Por lo pronto, la garantía sustantiva de la defensa [de parte], así como la garantía del órgano jurisdiccional, en su pronunciamiento pertinente, hacen posible la constitucionalización de la pertinencia probatoria, en orden a posibilitar la garantía a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 190 del Código procesal civil peruano). Es preciso, pues, ateniéndome al itinerario procesal del caso, postular una constitucionalización de la pertinencia probatoria.

Eso explica que la pertinencia probática haya dejado de ser uno de los elementos que configuran la decisión sobre la admisión de la prueba, y pase a ser una garantía de base constitucional. Como tal garantía sólo actúa, según el artículo 193 3. de la Constitución peruana cuando en “observancia del debido proceso” se produce indefensión constitucional.

Ante un panorama así diseñado, lo único que juiciosamente dejaría traslucir tal expreso purismo garantista es su razonable aceptación; no más ni cosa distinta. La pertinencia probática (art. 190 del Código procesal civil peruano) así prospectada, se erige en uno de los conceptos claves para la puesta en práctica de “la observancia del debido proceso” (artículo 193 3. de la Constitución peruana) como garantía de tutela judicial efectiva. La razón es preciso buscarla en que lo pertinente (art. 190 del Código procesal civil peruano) es lo adecuado con la acreditación de la causa petendi. Y lo adecuado con la acreditación de la causa petendi, por ser pertinente (art. 190 del Código procesal civil peruano), individualiza, no tanto la carga de probar -onus probandi-, sino que, ante todo, cubre un cometido especial en orden a la protección del interés de la sociedad

67. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2010, § 225. p. 460. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

68. ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 2005*. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2010, § 225. p. 460. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederecho-procesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

en la justicia de los fallos que se contienen en las sentencias. O, dicho de otro modo, la pertinencia de los medios probatorios (art. 190 del Código procesal civil peruano) alude a la relación que, esos medios probatorios, guardan con lo que es objeto del debate procesal y, por tanto, expresa -se entiende la pertinencia- la capacidad de los medios probatorios utilizados para formar la definitiva convicción del órgano jurisdiccional sin que se produzca -¡ojo!- indefensión.

En la línea de lo manifestado aletea la *importancia* de que, el medio probatorio que utilice la parte en el proceso, *no sea cualquier medio probatorio*, sino sólo y exclusivamente el *pertinente* (art. 190 del Código procesal civil peruano) *para que, de ese modo, tenga proyección en la sentencia*, lo que ha contribuido a que *pueda el propio órgano jurisdiccional intervenir* en la de-

limitación de la *pertinencia suficiente* del medio probático *conjuntamente* con las partes (art. 194 del Código procesal civil peruano).

Leídos con atención, estos párrafos dejan al descubierto cómo un propósito loable [como que en Código procesal civil peruano *pueda el propio órgano jurisdiccional intervenir* en la delimitación de la *pertinencia suficiente* del medio probático *conjuntamente* con las partes] puede, en ocasiones, *extraviarse* en una deriva jurisprudencial si no discutible sí contundente como la relativa a que se admita que el órgano jurisdiccional pueda *intervenir* en la delimitación de la *pertinencia suficiente* del medio probático -o sea: la *suficiencia* del medio probatorio- *conjuntamente* con las partes (art. 194 del Código procesal civil peruano) ¡Pero esta ya es otra historia!